Roj: **STS 3796/2015** - **ECLI:ES:TS:2015:3796**

Id Cendoj: **28079110012015100471**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **10/09/2015**
Nº de Recurso: **797/2014**
Nº de Resolución: **485/2015**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Baleares, Sección 4ª, 30-12-2013,**
STS 3796/2015

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Septiembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 608/2011 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio verbal para modificación de medidas definitivas registrado con el núm. 166/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Manacor, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por el procurador don Andrés Ferrer Capo, en nombre y representación de don Argimiro , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Pablo Oterino Menéndez en calidad de recurrente y la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de doña Gema , en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

***PRIMERO* .- 1.-** La procuradora doña Magdalena Durán Jaume, en nombre y representación de doña Gema , interpuso demanda de juicio para modificación de medidas acordadas en sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manacor de fecha 4 de febrero de 2010 , contra don Argimiro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que se modifiquen las medidas contenidas en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Manacor, de fecha 4 de febrero de 2010 , únicamente en lo relativo al régimen de visitas paternofilial, en el sentido de:

1) Dejar sin efecto las visitas previstas para los martes y jueves.

2) Mantener las visitas en fines de semana alternos desde el viernes por la tarde, tras la salida del colegio, hasta el domingo a las 20 horas, efectuándose las entregas, con carácter alternativo, en el Aeropuerto de Palma de Mallorca y en el Aeropuerto de Barcelona, de tal suerte que en el 50% de los casos la madre viaje con los niños hasta Palma para hacer la entrega y recogida, debiendo ser el padre el que haga lo propio hasta Barcelona en el otro 50% de los casos, asumiendo cada uno sus propios gastos de desplazamiento y el de los menores que con ellos viajen.

3) Establecer que la mitad de los "puentes" escolares los menores podrán estar con el padre, siguiéndose el mismo sistema de entregas señalado para los fines de semana alternos.

4) Mantener el régimen de visitas previsto para los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, eligiendo el padre los años pares el período en que desea tener a los niños en su compañía y la madre los

impares, pudiendo ampliarse este a 15 días durante las vacaciones escolares de verano si el padre así lo desea, escogiendo el padre el momento para ello los años pares y la madre los años impares.

Todo ello con expresa condena en costas al demandado si se opusiera a tan justas pretensiones».

2.- El procurador don Andrés Ferrer Capo, en nombre y representación de D. Argimiro , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que en el momento oportuno, acuerde haber lugar a modificar íntegramente las medidas contenidas en la sentencia 907/2009, en el siguiente sentido:

PRIMERO.- Mantener el cese de la convivencia, así como la obligación de los progenitores de notificarse los futuros cambios de domicilio a efectos de poder llevar a buen término las comunicaciones referentes a los menores entre ambos progenitores.

SEGUNDO.- En cuanto a la PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Acuerde atribuir la PATRIA POTESTAD de los hijos menores será ejercida por el padre y por la madre, tal y como dispone el Art. 156 del CC , ordenando que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa e indirectamente a los menores, sean consultados y decididas por ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio de los hijos comunes.

Atribuya la GUARDA Y CUSTODIA de los hijos comunes, al padre, Sr. Argimiro .

Fije un régimen de visitas y estancias de los menores con el progenitor no custodio, Sra. Gema , tan amplio y flexible como sea preciso habida cuenta su nueva residencia, y que venga establecido por el siguiente mínimo:

- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas.

- Mitad de los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, eligiendo la madre los años pares el período en que desea tener a los niños en su compañía y el padre los impares.

- Todo el período de vacaciones de verano, dentro del cual el padre podrá visitar a los menores durante dos fines de semana, uno el mes de julio y otro el mes de agosto, teniéndolos en su compañía desde el viernes por la tarde hasta el domingo por la noche.

- Todos los puentes y vacaciones escolares no tenidos en cuenta, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas del día previo al inicio del colegio.

TERCERO.- PENSIÓN ALIMENTICIA. Acuerde que la Sra. Gema deberá abonar al Sr. Argimiro mensualmente en concepto de pensión de alimentos para los hijos comunes, la suma de TRESCIENTOS EUROS (300), cantidad que será actualizada anualmente de conformidad con la variación experimentada por el IPC. El resto de gastos extraordinarios de los hijos comunes, se satisfarán por mitades, de conformidad con los criterios acordados en el convenio regulador de fecha 03-09-2009.

CUARTO.- Acuerde dejar sin efecto lo establecido en el pacto cuarto del convenio regulador aprobado por la sentencia antes referida, por carecer de justificación alguna con la nueva situación.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora si se opusiera a tan justas pretensiones».

3.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y solicitó al juzgado «tener por contestada la demanda y por opuesto al Ministerio Fiscal a la estimación de la misma y dar a los autos el curso correspondiente».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Manacor se dictó sentencia, con fecha 27 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO.*

Que debo estimar y ESTIMO parcialmente la modificación de medidas definitivas establecidas por sentencia de 4 de febrero de 2010 del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de los de Manacor , en el proceso de regulación de medidas derivadas de crisis de pareja de hecho, de mutuo acuerdo, seguido bajo el numero 907/09, DESESTIMANDO la modificación de medidas instada por Doña Gema , pero ESTIMANDO LA VARIACIÓN SUSTANCIAS DE LAS CIRCUNSTANCIAS, y en consecuencia, ante su cambio de residencia a Catalunya, la adopción de las siguientes MEDIDAS MODIFICADORAS:

Atribuir la guarda y custodia de los hijos comunes menores de edad, Remedios y Celestino , a favor de su padre, Don Argimiro , compartiendo ambos progenitores la patria potestad.

Establecer el siguiente régimen de visitas a favor de la madre Doña Gema y en interés de sus hijos:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Los fines de semana alternos , desde la salida del colegio hasta el jueves a las 20:00 horas. Los fines de semana en que el viernes o el lunes sea festivo, su derecho será desde la salida del colegio el jueves o hasta las 20:00 horas del lunes día festivo. En caso de puentes escolares, es decir, cuando sea festivo en la localidad de residencia de los menores el martes o el jueves, la estancia con el menor los lunes o viernes respectivos corresponderá al progenitor al que le corresponda el fin de semana, que se extenderá hasta el martes o desde el jueves respectivamente.

Habida cuenta la situación de insularidad, los horarios de entrega y recogida de los menores serán flexibles, así como los puntos de entrega según pacten los progenitores que tendrán que colaborar al efecto. En este sentido, con arreglo al comienzo o finalización el período de fin de semana alterno normal o ampliado por la festividad o puente escolar, las entregas y recogidas de los menores se realizarán alternativamente en el Aeropuerto de Barcelona, al que llevará y traerá a sus hijos el padre, o en el Aeropuerto de Palma de Mallorca al que se desplazará la madre. (Salvo que por elección de la madre se realice la recogida y entrega en el domicilio de los menores).

En interés de los menores, el padre asumirá los costes de los billetes propios y de sus hijos cuando tenga que llevarlos y recogerlos a Barcelona, y la madre cuando tenga que desplazarse a Palma.

Cuando la edad de los menores lo aconsejen, y previo pacto de los padres en ejercicio de la patria potestad, podrán contratar o usar los servicios de compañía o cuidado de menores de las compañías aéreas para evitar viajar con ellos. Siempre y cuando exista la debida coordinación con el otro progenitor. Así como servirse de algún familiar o allegado.

La mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa corresponderá a cada uno de los progenitores. En caso de discrepancia, la madre tendrá derecho de opción los años pares y el padre los impares. El progenitor no custodio, cuando le toque, recogerá a su hijo en el domicilio del menor, o en su defecto y a voluntad de la madre, se hará la entrega con el sistema indicado para los fines de semana alternos.

Vacaciones de verano . Habida cuenta la total disponibilidad y posibilidad de la madre para atender a sus hijos y las mayores cargas laborales del padre en época estival, los hijos menores estarán con su madre desde el final del curso escolar en junio hasta el comienzo del siguiente curso escolar en septiembre. Comenzando el período a la salida del colegio del último día lectivo hasta las 20:00 del día inminentemente anterior al comienzo del nuevo curso.

El padre, en época estival, tendrá derecho a estar con sus hijos en fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, teniendo lugar la recogida y entrega en el Aeropuerto de Barcelona. Durante el verano, igualmente, el padre y la madre tendrán derecho a estar con sus hijos una quincena ininterrumpida. El padre y la madre comunicarán al otro, con al menos tres meses de antelación, por cualquier medio, la quincena elegida.

Se fija la cantidad de doscientos veinte euros (220 euros), que deberá abonar la madre, como progenitor no custodio, en concepto de pensión alimenticia a favor de sus dos hijos, pensión pagadera dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la actora, cantidad que se actualizará anualmente conforme a la variación de los índices del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

No procede la condena en costas.

SEGUNDO **.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*

1) Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Durán Jaume, en nombre y representación de D.ª Gema , contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2011 , dictada por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Manacor, en le procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS, y, en su lugar:

2) Debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por la referida procuradora en la mencionada representación contra D. Argimiro y manteniendo la guarda y custodia que ostenta la madre según la propuesta de convenio regulador suscrito por los progenitores en fecha 3 de septiembre de 2009 aprobada en la sentencia de fecha 4 de febrero de 2010 , debemos modificar el régimen de visitas fijado en dicha propuesta de convenio y sentencia a favor del padre y establecerlo en los términos expuestos en el fundamento de derecho décimo de la presente resolución. Es decir:

Los menores podrán estar en compañía del padre los fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde al domingo por la tarde. Los fines de semana en que el viernes o el lunes será festivo, estarán en compañía del padre desde el jueves por la tarde o hasta el lunes por la tarde.

También estarán en compañía del padre todos los puentes escolares de los menores. Así como también durante todas las vacaciones de Semana Santa de los menores.

Durante las vacaciones escolares de Navidad y de Verano, los menores estarán con cada uno de sus progenitores por mitad. Distribuyéndose todas las vacaciones escolares de verano de los menores en períodos quincenales. A falta de acuerdo de los progenitores, la madre podrá elegir los años pares y el padre los impares.

Habida cuenta la situación de insularidad los horarios de entrega y recogida de los menores serán flexibles. Debiendo la madre entregar y recoger a los menores en Mallorca y siendo de su cargo el coste de los billetes propios, asumiendo ambos progenitores por mitad, el coste de los billetes de los hijos.

Cuando la edad de los menores lo aconseje, y previo pacto de los padres en ejercicio de la patria potestad, podrán contratar o usar los servicios de compañía o cuidado de menores de las compañías aéreas para evitar viajar con ellos. Siempre y cuando exista la debida coordinación con el otro progenitor. Así como servirse de algún familiar o allegado.

3) No procede hacer especial pronunciamiento ni de las costas de primera instancia ni de las de esta alzada.

***TERCERO* .- 1.-** Por la representación procesal de D. Argimiro se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal.- Motivo único.- Error patente en la valoración de la pericial psicosocial forense de fecha 13 de noviembre de 2013. Al amparo del artículo 469.1.4º en cuanto no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de racionabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución .

Recurso de casación.- Motivo único.- Infracción de los arts. 39.1 , 2 y 4 y 53.3 de la Constitución Española ; Art. 2 y 11.2 (a, b y c) de la Ley 1/96 de protección del Menor y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, al entender que el cambio de residencia de la madre (Progenitor custodio) no justifica un cambio en la guarda y custodia, en contra del interés superior de los menores.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de febrero de 2015 se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de doña Gema , presentó escrito de oposición a ambos recursos y el Fiscal impugnó el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal no impugnando el de casación, interesando se case la sentencia y se anule, dejando vigente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día veintidós de julio del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D.ª Gema se interpuso demanda de modificación de medidas contra D. Argimiro .

En la referida demanda se alegó por la parte actora que las circunstancias le obligaban a solicitar una modificación de medidas en relación con el régimen de visitas en tanto que el régimen en su día pactado era de posible cumplimiento en la medida que los dos padres residieran en la localidad de Porto Colom, pero en modo alguno será posible en el futuro cuando la demandante, por motivos laborales, deba desplazarse a la localidad de Sitges.

El demandado se opuso en la contestación a la demanda. Señala que nada tiene que objetar al cambio de domicilio de la demandante, más dicho cambio no debe afectar a los menores o, por el contrario, debe afectarles lo menos posible, añadiendo que la manera en que mejor se defiende el interés de los menores es que se atribuya la guarda y custodia al padre.

Con fecha 27 de julio de 2011 se dictó sentencia en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manacor , la cual estimó parcialmente la demanda, resolviendo atribuir la guarda y custodia de los dos hijos menores al padre, compartiendo ambos la patria potestad. Basa tal conclusión en que el interés del menor así lo aconseja dada la estrecha relación con el padre desde la aprobación del convenio con casi 182 días de estancia con él al año, la edad de los hijos menores, las posibilidades económicas y familiares del padre y el hecho de que los menores tengan toda su familia paterna y materna en la misma localidad de la isla.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, D.ª Gema , que fue resuelto por la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta , la cual estima el recurso de apelación revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de mantener la guarda y custodia de los menores en favor de la madre, modificando el régimen de visitas en favor del padre.

La resolución recurrida, tras la valoración de la prueba y atendiendo al interés del menor, concluye que lo más beneficioso para los menores es que estos continúen bajo la guarda y custodia de la madre aunque dicha progenitora haya trasladado su domicilio a la localidad de Sitges. Apoya tal conclusión en que dicho cambio de domicilio no supondrá problemas de adaptación de los menores. Que durante la convivencia de los progenitores era la madre la que se ocupaba personalmente y en mayor medida a atender todas sus necesidades aunque el padre le ayudara cuando sus ocupaciones laborales se lo permitían. Asimismo señala que por la profesión de la madre (maestra de escuela), esta ha podido cuidar y podrá cuidar en el futuro de sus hijos de manera personal y sin necesidad de acudir habitualmente a la ayuda de terceras personas al coincidir su horario laboral con el horario escolar de los menores mientras que el padre por razón de su trabajo precisaría de la asistencia y ayuda de terceras personas para cuidar de los menores. Igualmente se apoya en las conclusiones del informe psico-social forense de fecha 13 de noviembre de 2013. No obstante, la mentada sentencia, a la vista del cambio de domicilio sí opta por una modificación en el régimen de visitas para facilitar el contacto de los menores con su padre.

Contra dicha resolución se interpuso RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN por la parte demandada, D. Argimiro .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la recurrente se articula en un ***motivo único,*** en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos. 39.1 , 2 y 4 y 53.3 de la CE , los artículos 2 y 11.2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales

Más en concreto se citan en fundamento del interés casacional alegado, por un lado las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, de fechas 5 de octubre de 2009 y 5 de julio de 2013 , las cuales entienden que el cambio de domicilio del cónyuge custodio afecta al interés del menor de forma que constituye una modificación de las circunstancias suficiente para justificar el cambio de guarda y custodia establecido en su día.

En contraposición con las citadas sentencias se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, de fechas 30 de septiembre de 2013 (hoy recurrida) y 2 de febrero de 2011, las cuales entienden que el cambio de domicilio del progenitor custodio no justifica la modificación del régimen de guarda y custodia.

Argumenta la parte recurrente que en el presente caso ha existido una alteración sustancial de la circunstancia que justifica el cambio de la guarda y custodia en favor del padre como consecuencia del cambio de domicilio de la madre. Añade que no se ha valorado por la sentencia recurrida de forma correcta lo que ese cambio de domicilio supondría para los menores, obviando el interés del menor y eludiendo que los menores han vivido más tiempo bajo la guarda y custodia de la madre.

Igualmente se interpone RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL articulado en un ***único motivo*** al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC .

Se denuncia la existencia de error en la valoración de la pericial psico-social forense de fecha 13 de noviembre de 2013. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida ha realizado una valoración parcial y tergiversada del mentado informe pericial alcanzando conclusiones contrarias al interés de los menores.

Del matrimonio nacieron dos hijos: Remedios , nacida el NUM000 de 2005 y Celestino , nacido el NUM001 de 2007.

Con el recurso de apelación se aportó contrato de trabajo en Sitges y libro de familia del nuevo matrimonio concertado por Dª Gema .

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la estimación del recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO .- *Motivo único. Error patente en la valoración de la pericial psicosocial forense de fecha 13 de noviembre de 2013. Al amparo del artículo 469.1.4º en cuanto no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de racionabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución* .

Se desestima el motivo .

Se alega por el recurrente que en la sentencia recurrida existe error en la valoración del informe forense.

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la impugnación de la valoración del dictamen de peritos, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010 , RIP n.º 1988/2005 , 11 de noviembre de 2010 , RIP n.º 1881/2005). Como indica la STS de 29 de abril de 2005, RC n.º 420/1998 , la casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericial efectuada en la sentencia impugnada cuando a) se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994 , 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002), b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002 , 13 diciembre 2003 , 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995 , 18 diciembre 2001 , 19 junio 2002), c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 20 febrero 1992 , 28 junio 2001 , 19 julio 2002 , 28 febrero 2003 , 30 noviembre 2004), y, d) se efectúen apreciaciones arbitrarias (SSTS de 3 marzo 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001).

En relación con la eficacia de la prueba de peritos, esta Sala tiene declarado (STS de 22 de febrero de 2006, RC n.º 1419/1999) que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar esta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito (STS de 16 de octubre de 1980), de las que pueden prescindir (STS de 10 de febrero de 1994).

Aplicada la mencionada doctrina al caso de autos debemos declarar que en la sentencia recurrida se efectúa una detenida valoración del acervo probatorio, dado que la prueba forense, siendo importante no fue la única practicada, cuestión de la que se olvida el recurrente.

Por la Audiencia Provincial se valoró la nueva pericial practicada por el psicólogo Sr. Fernando , que se ratificó a presencia del tribunal de apelación, el que en aras de obtener la máxima información posible acordó, de oficio, la pericial psicosocial a emitir por profesionales de la clínica forense, pericial que también se ratificó a presencia de la Audiencia Provincial.

Analiza el tribunal de apelación el informe mencionado en el que se recoge la aptitud de ambos progenitores para la custodia de los menores y que no se observan signos de ansiedad en los mismos, los que tras la sentencia del juzgado estaban bajo la custodia del padre.

Tras el análisis de todos los informes, en la sentencia recurrida se llega a la conclusión de que los menores estaban en su origen bajo la custodia de la madre, comúnmente acordada, no apreciando circunstancias excepcionales para alterar el sistema, pese al cambio de residencia de la madre a Sitges, pronunciamiento que también se funda en el trabajo de la madre que le permite un mayor contacto con los menores y en la aptitud de ambos progenitores, razonamientos todos ellos ajustados a derecho y a la lógica, basado en pruebas periciales practicadas en la instancia y otras, con inmediación, ante la propia Audiencia Provincial.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO .- *Motivo único. Infracción de los arts. 39.1 , 2 y 4 y 53.3 de la Constitución Española ; Art. 2 y 11.2 (a, b y c) de la Ley 1/96 de Protección del Menor y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , al entender que el cambio de residencia de la madre (progenitor custodio) no justifica un cambio en la guarda y custodia, en contra del interés superior de los menores.*

Se desestima el motivo .

Alega el recurrente que el cambio de residencia, afecta al interés de los menores, al tiempo que supone un cambio sustancial de las circunstancias.

Esta Sala ha declarado:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

1. **STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013 ,** que la Sala a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio .

2. **STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 .** El cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

3. **STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011 .** *Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19 , determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación.* ***De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.***

4. STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 . En procedimiento de modificación de medidas se plantea el traslado de provincia de la menor con su madre (progenitora custodia) que ha contraído nuevo matrimonio del que nació un hijo, que es autorizado por la SAP. " *En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.*

No puede olvidarse que:

1. La custodia estaba atribuida de común acuerdo a la madre.

2. El cambio de residencia de la madre no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

3. Los informes psicosociales no consideran perjudicial el traslado, si bien apuntan por una postura conservadora, en tanto muestran su recelo a los cambios, sin causa que lo justifique.

4. Con la edad de la menor los cambios son fácilmente asumibles para la hija, incluido el cambio de lengua vehicular para la enseñanza que pasa del castellano y euskera al catalán y castellano.

5. El poder mantener el contacto diario con su nuevo hermano redunda en beneficio de la menor.

6. La atribución, en este caso, de la totalidad del coste del traslado a la madre (extremo no impugnado), potencia el contacto del padre con la menor, lo que redunda en beneficio de ésta.

7. Se ha fijado un régimen de visitas como consta en los antecedentes de hecho de esta sentencia que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante durante los fines de semana alternos y los períodos vacacionales, permitiendo visitas no programadas (sin perjuicio del previo aviso).

Ha establecido el Tribunal Constitucional:

En relación con el principio de proporcionalidad, y las medidas restrictivas de derechos que se ha de concretar, en las tres siguientes condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 199/2013, de 5 de diciembre , FJ 7). STC, Constitucional Sección 1 del 13 de febrero de 2014, sentencia: 23/2014, recurso: 3488/2006 .

De la referida doctrina se deduce que en la sentencia recurrida se respeta el principio de proporcionalidad en tanto que se adopta la medida que más se adapta a la protección del interés de la menor, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal".

CUARTO.- Aplicando la mencionada doctrina al caso de autos, en relación con el principio de protección del interés del menor recogido en los arts. 2 y 11.2 de la Ley 1/96 de Protección del Menor y art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño debemos concluir que en la sentencia recurrida se ha velado por el interés de los menores, analizando exhaustivamente la situación de los mismos, partiendo de la aptitud de ambos progenitores, pero concluyendo que la guarda y custodia por la madre era la mejor opción posible, dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo, por ambos miembros de la pareja, al iniciarse la crisis, unido a que la profesión de la madre como maestra le permitía una mejor adaptación a los horarios de los menores, sin necesidad de acudir al apoyo externo, del que el padre sí ha precisado al regentar un negocio familiar.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En la sentencia recurrida se entiende que el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores. En la misma resolución se valora que en las Islas Baleares residían tíos, abuelos paternos y maternos que facilitaban el contacto de los menores con ambas familias, pero pese a ello se entiende que la mejor posición de la madre para atenderlos justificaba la autorización del cambio de residencia.

En la sentencia recurrida no se ignora que la sentencia del Juzgado se ejecutó provisionalmente y que en los dos últimos años los menores estuvieron con el padre, pero para la Audiencia Provincial ello no es motivo para impedir la custodia por la madre, aun cuando sea en Sitges, pues esa es la opción que entiende como más favorable a los menores, sin que esta Sala pueda entender que con ello se viole el interés de los niños (arts 39 y 53 de la Constitución).

Como anticipamos se trata de equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis y por ello se confiere un amplio régimen de visitas al padre, con el que estarán todos los puentes escolares y la totalidad de las vacaciones de Semana Santa, al tiempo que se hace recaer en la madre la obligación de acompañar a los menores en los vuelos a Mallorca, por lo que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante.

Sirvan estos pronunciamientos de guía obligatoria a los padres, sin perjuicio de todo aquello que puedan adoptar, de común acuerdo, tal y como venían haciendo cuando la custodia la ejercía el padre, quien permitía el contacto de la madre casi todos los fines de semana y la de los abuelos maternos durante un día a la semana (pernocta incluida), debiendo velar, como han venido haciendo, por la mejor integración de los menores en los respectivos núcleos familiares.

QUINTO .- Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos (arts. 394 y 398 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Argimiro , representado por el procurador D. Pablo Oterino Menéndez, contra sentencia de 30 de diciembre de 2013 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ